

Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual.

*¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado**

HÉCTOR PATIÑO**

Sumario: 1. Nexo de causalidad. 2. Imputación. 3. Causales exonerativas. a) Fuerza mayor. b) Efectos de la fuerza mayor. c) El caso fortuito. d) Hecho del tercero. e) Hecho de la víctima. f) Efectos del hecho de la víctima. g) El hecho de la víctima conforme al artículo 70 de la Ley 270 de 1996. h) El hecho de la víctima y el deber de mitigar el daño. Conclusiones.

Resumen

El artículo, de la mano de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, y de alguna de la Corte Suprema de Justicia, señala el alcance general y la comprensión que se le debe dar a los conceptos de nexo causal, imputación y causales de exoneración y presenta los lineamientos actuales de la jurisprudencia colombiana sobre esas cuestiones.

* Este escrito es una versión revisada y actualizada de un texto que fue publicado en esta misma Revista en el número 14 de 2008.

** Abogado Universidad Externado de Colombia. DSU en Derecho Administrativo de la Universidad Pantheon Assas – Paris II. Profesor de Responsabilidad Civil, Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: [hectorpatino@cablenet.co]

Fecha de recepción: 15 de diciembre de 2010. Fecha de aceptación: 24 de febrero de 2011.

Palabras clave: Responsabilidad civil y del Estado, nexo causal, causales de exoneración, fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero, hecho de la víctima.

GROUNDS FOR EXCLUSION OF NON CONTRACTUAL LIABILITY. WHY AND HOW IT EXCLUDES THE LIABILITY? AN APPROACH TO THE JURISPRUDENCE OF COLOMBIAN STATE COUNCIL

Abstract

This paper, by the hand of the jurisprudence of the Colombian State Council, and some of the Supreme Court, shows the general scope and understanding should be given to the concepts of causation, liability attribution and grounds for liability exclusion, and offers the current guidelines of the Colombian jurisprudence on these issues.

Keywords: Civil liability and State liability, Causation, Grounds for liability, Force majeure, Act of God, Fact of a third person, Fact of the victim.

1. NEXO DE CAUSALIDAD

Es sabido que para que exista la responsabilidad se requiere de tres elementos absolutamente indispensables y necesarios: el daño, el hecho generador del mismo y un nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) del agente generador.

El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquél aparece ligado a ésta por una relación de causa-efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad.

Salvo lo que se dirá más adelante, la jurisprudencia ha sido pacífica al establecer que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por el actor, independientemente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa, en la falla, o en alguno de los regímenes de responsabilidad objetiva.

El nexo de causalidad es un elemento autónomo del daño y del fundamento que no admite, ningún tipo de presunción como sí lo admite la culpa o la falla. Para comprender lo antes mencionado, es necesario evitar la sinonimia entre causalidad y culpabilidad. La causalidad como elemento, corresponde a la constatación objetiva de una relación natural de causa-efecto, mientras que la culpabilidad como fundamento, se refiere a la valoración subjetiva de una conducta.

Al día de hoy, el Consejo de Estado ha superado la discusión sobre la existencia de presunción de culpabilidad, de causalidad y aún de responsabilidad en todos los

regímenes subjetivos y objetivos. Actualmente se tiene claro en la jurisprudencia de ese Tribunal que cuando se está en presencia de un régimen objetivo de responsabilidad, no se tiene por existente una presunción de culpabilidad ni de causalidad, sino que es un régimen en el cual el actor debe probar todos los elementos de la responsabilidad (incluida, por supuesto, la relación causal), y en el que el demandado debe probar ausencia de causalidad, o una causa extraña para exonerarse de responsabilidad, puesto que demostrar diligencia y cuidado no lo exonera.

El nexo de causalidad, como lo ha dicho tanto la Corte Suprema de Justicia¹, como el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, debe ser probado en todos los casos. Así, por ejemplo en sentencia del 2 de mayo de 2002 dijo el Consejo de Estado: *"El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado..."*².

La posición de principio reseñada no impide afirmar que el mismo Consejo de Estado ha aceptado morigerar en favor del accionante la obligación de probar el nexo de causalidad. Es lo que ocurre en algunos casos en los que se debate la responsabilidad médica cuando las especiales circunstancias determinadas por el alto contenido técnico y científico que rodea algunas áreas de la medicina, dificultan la demostración con exactitud que un daño es el resultado del ejercicio de la actividad médica. En sentencia del 3 de mayo de 1999 el Consejo de Estado mencionó en apoyo de la doctrina:

*"En consideración al grado de dificultad que representa para el actor la prueba de la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño en los casos en que esté comprometida la responsabilidad profesional, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación causal, se afirma que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en esta materia "el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia", es decir, que la relación de causalidad queda probada "cuando los elementos de juicio suministrados conducen a 'un grado suficiente de probabilidad'"*³. Y sobre el mismo aspecto, en

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 23 de junio de 2005, expediente 058-95.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2002, expediente 13477.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de mayo de 1999, expediente 11169. Ver en el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de octubre de 2003, expediente 14078.

sentencia del 1º. de julio de 2004 se dijo: *"Se observa, conforme a lo anterior, que, tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión -ni siquiera eventual- del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil -si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar.*

*En la valoración de estos indicios tendrá especial relevancia el examen de la conducta de las partes, especialmente de la parte demandada, sin que pueda exigírsele, sin embargo, que demuestre, en todos los casos, cuál fue la causa del daño, para establecer que la misma es ajena a su intervención. En efecto, dadas las limitaciones de la ciencia médica, debe aceptarse que, en muchas ocasiones, la causa de la muerte o el empeoramiento del paciente permanece oculta, aun para los propios médicos"*⁴.

Lo que la jurisprudencia pretende evitar es que ante la imposibilidad de probar la relación causal debido a la alta complejidad presente en algunos actos médicos, se impida que el actor quede sin reparación al no poder probar adecuadamente el nexo de causalidad. No se trata en ningún caso de patrocinar la creación de presunciones de causalidad, que de existir, generarían un régimen de responsabilidad mucho más gravoso que el régimen de responsabilidad objetiva.

De lo que se trata es de permitir a los demandantes ejercer su obligación probatoria en punto del nexo causal mediante pruebas indirectas en aquellos casos en los que, se repite, exhibir plena prueba directa no es posible dadas las limitaciones de la medicina en determinados ámbitos. Así lo ha manifestado el Consejo de Estado:

*"(...) Y debe insistirse en que la presunción de la causalidad será siempre improcedente; aceptarla implicaría incurrir en una evidente contradicción, en la medida en que supondría la aplicación, tratándose de la responsabilidad por la prestación del servicio médico asistencial, de un régimen más gravoso para el demandado inclusive que el objetivo, dado que si bien en éste la falla del servicio no constituye un elemento estructural de la obligación de indemnizar, el nexo causal está siempre presente y la carga de su demostración corresponde al demandante, en todos los casos"*⁵.

Se ha dicho por un sector de la doctrina nacional, que cuando en el campo de la responsabilidad médica se utiliza el régimen de presunción de culpa, la aplicación de ese régimen conlleva a una verdadera presunción de causalidad⁶. En este sentido, creemos que no es cierto que la presunción de culpa conlleve necesariamente a una presunción de nexo causal, en la medida en que siendo dos elementos autónomos de la responsabilidad (fundamento y nexo causal) lo que ha permitido la

⁴ En sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, 1º de julio de 2004, expediente 14696.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de julio de 2004, expediente 14696.

⁶ Ver en este sentido, JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *De la Responsabilidad Civil*, tomo I, Editorial Temis, 1999, pp. 242 ss.

jurisprudencia es que, en algunos casos, el demandante sea relevado de la prueba del comportamiento culposo, imprudente y negligente del demandado generando una presunción respecto de la culpa. En este evento, insistimos, el debate gira en torno a la presunción del elemento fundamento. Aún en estos casos de presunción de culpa, se exige prueba del elemento objetivo de responsabilidad denominado nexo causal, que es totalmente autónomo y que no resiste presunción alguna.

De este breve recorrido por la jurisprudencia se observa, entonces, que la relación causal debe ser probada en todos los casos por el actor si se tiene en cuenta que no existen presunciones del nexo causal. Lo que permite la jurisprudencia en el campo de la medicina, es en algunos casos, aliviar la carga del demandante en el sentido que no exige plena prueba del nexo causal, sino que le permite probar esa relación mediante pruebas indirectas que puedan aportar los elementos que permitan al juez inferir la causa del daño.

2. IMPUTACIÓN

Constatada esa relación causal mediante la aplicación de las teorías que ha elaborado la doctrina y que ha recogido la jurisprudencia⁷, se procede a hacer la imputación entendida –de acuerdo con el profesor JUAN CARLOS HENAO– como “la atribución jurídica de un daño a una o a varias personas que en principio tienen la obligación de responder”. La imputación se estructura luego de haberse descubierto el nexo causal⁸, y se realiza en principio, respecto de la persona que ha resultado causante del hecho generador del daño de acuerdo con el juicio de causalidad efectuado. Se afirma lo anterior, en la medida en que es en este momento en el que se debe tener claro que bien puede haber existido una causalidad desde el punto de vista material o físico, lo que no necesariamente implica que quien causó materialmente el daño sea quien jurídicamente deba responder. En efecto, existen casos en los que quien causa físicamente el daño no es quien debe asumir las consecuencias reparatorias, sino que por el contrario, habrá alguien que, por disposición legal deba hacerlo, como sucede por ejemplo, en el caso de responsabilidad por el hecho ajeno.

La jurisprudencia reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado, fundamentada en la doctrina de HANS Kelsen, ha venido haciendo referencia a la diferencia conceptual que existe entre la causalidad y la imputación, de acuerdo con la cual, por causalidad se entiende una conexión entre diversos elementos dentro del sistema de la naturaleza, mientras que la imputación se encuentra referida al enlace

⁷ Entre otras, la teoría de la causalidad adecuada,

⁸ En este sentido el profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA manifiesta: “En tal caso, la imputación de responsabilidad, en cuanto fenómeno jurídico, se produce automáticamente una vez que se prueba la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio producido”. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Editorial Civitas, Madrid, reimpresión 2003, p. 386.

formal que existe entre antecedente y consecuente y se expresa a través de reglas jurídicas⁹. La causalidad entonces hace referencia a constataciones meramente materiales y/o fenomenológicas, mientras que la imputación es una verdadera atribución jurídica con relevancia en el mundo del derecho. En este contexto, para el Consejo de Estado, *“la causalidad –y sus diferentes teorías naturalísticas– puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A contrario sensu [sic], la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser”*¹⁰. La imputación entonces, se convierte en el concepto al cual habrá de acudir para efectos de atribuir el daño que se ha encontrado probado previamente como primer elemento del juicio de responsabilidad.

Cuando se ha realizado el juicio de imputación se pasa al estudio de las causales exonerativas que tienen por objeto confirmarlo o infirmarlo. Dichas causales son: la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho del tercero, y el hecho de la víctima.

3. CAUSALES EXONERATIVAS

Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han manifestado que el demandado en un juicio de responsabilidad tiene, por norma general, la posibilidad de defenderse atacando cualquiera de los elementos que se estudian dentro de la responsabilidad civil extracontractual. En este sentido, bien puede plantear su defensa respecto al elemento daño, al elemento imputación, o al elemento fundamento. Dependiendo del régimen de responsabilidad aplicable, el demandado tiene la posibilidad de escoger entre varias alternativas para exonerarse de responsabilidad; si nos encontramos dentro de un régimen subjetivo de responsabilidad, el demandado tiene la posibilidad de exonerarse probando ausencia de falla, la inexistencia del nexo causal, o probando causa extraña. Por el contrario, si nos encontramos en presencia de un régimen de responsabilidad objetiva, el demandado sólo se puede exonerar probando ausencia de nexo causal, o probando la existencia de una causa extraña.

Por causal exonerativa de responsabilidad se entiende aquella causal que impide imputar determinado daño a una persona, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad. En este sentido, las causales exonerativas (causa extraña) impiden la imputación, en ocasiones porque es inexistente el nexo de causalidad (por ejemplo en el hecho del tercero como causa exclusiva), en ocasiones

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente 17145.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, expediente 17994.

demostrando que si bien el demandado por acción u omisión causó el daño, lo hizo llevado o coaccionado por un hecho externo, imprevisto e irresistible.

La diferenciación entre causalidad e imputación que ha venido predicando la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha permitido dejar de lado la afirmación según la cual las causales exonerativas de responsabilidad "rompen" el nexo de causalidad, para clarificar que la verdadera función de este tipo de causales es la de evitar la atribución jurídica del daño al demandado, es decir, impedir la imputación.

A este respecto se ha dicho de forma clara y reiterada¹¹:

"Pues bien, de la dicotomía causalidad-imputación que se ha dejado planteada y explicada, se desprende, ineluctablemente, la siguiente conclusión: frente a todo caso concreto que el juez de lo Contencioso Administrativo someta a examen habida consideración de que se aduce y se acredita la producción de un daño antijurídico, el nexo o la relación de causalidad entre la acción o la omisión de la autoridad pública demandada existe o no existe, pero no resulta jurídica ni lógicamente admisible sostener que el mismo se rompe o se interrumpe; si ello fuese así, si tal ruptura o interrupción del proceso causal de producción del daño sufriese una interrupción o ruptura, teniendo en cuenta que la causalidad constituye un fenómeno eminente y exclusivamente naturalístico, empírico, no cabe posibilidad distinta a la consistente en que, sin ambages, el daño no se ha producido, esto es, al no presentarse o concurrir alguna de las condiciones necesarias para su ocurrencia, la misma no llega a tener entidad en la realidad de los acontecimientos.

"Así pues, aunque constituye prácticamente una cláusula de estilo en la jurisprudencia contencioso administrativa el sostener que la configuración, en un caso concreto, de alguna de las denominadas "causales eximentes de responsabilidad" -fuerza mayor, caso fortuito y hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- conduce a la ruptura o a la interrupción del nexo o de la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el resultado dañino, en estricto rigor y en consonancia con todo cuanto se ha explicado, lo que realmente sucede cuando se evidencia en el plenario la concurrencia y acreditación de una de tales circunstancias es la interrupción o, más exactamente, la exclusión de la posibilidad de atribuir jurídicamente la responsabilidad de reparar el daño a la entidad demandada, es decir, la operatividad en un supuesto concreto de alguna de las referidas "eximentes de responsabilidad" no destruye la tantas veces mencionada relación de causalidad, sino la imputación.

"Por tanto, quede claro que el análisis que ha de llevarse a cabo por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo cuando se le aduzca la configuración de una de las que han dado en denominarse "eximentes de responsabilidad" -como ocurre en el sub judice-, no constituye un examen de tipo naturalístico, fenomenológico, sino eminentemente valorativo-normativo, orientado a seleccionar, más allá del proceso causal de producción del daño, a cuál de los intervinientes en su causación debe imputarse o atribuirse jurídicamente la responsabilidad de repararlo, de conformidad con la concepción de justicia imperante en la sociedad, la cual se refleja en la pluralidad de títulos jurídicos de imputación al uso dentro del sistema jurídico".

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente 17145.

Las causales exonerativas de responsabilidad pueden exonerar de responsabilidad al demandado de forma total cuando la fuerza mayor, el hecho del tercero y/o el hecho de la víctima son consideradas como la causa única exclusiva y determinante del daño. Pero también puede demostrarse que probada esa causal exonerativa, su ocurrencia tuvo incidencia en la producción del daño junto con el actuar del demandado a título de concausalidad, evento en el cual la consecuencia no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se estará frente a una reducción en la apreciación del daño, es decir, una reducción de la indemnización.

Se puede afirmar que la imputación que no ha pasado por el filtro de las causales exonerativas, es una imputación aparente, que se convierte en definitiva sólo cuando supera este estudio sin verse alterada.

Haremos referencia a las tres causales exonerativas estudiadas por la doctrina y la jurisprudencia, como son la fuerza mayor y/o caso fortuito, el hecho del tercero y el hecho de la víctima. De cada una de ellas referiremos su definición, sus características y su aplicación.

a) Fuerza mayor

ENNECCERUS define la fuerza mayor diciendo que es el "acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar"¹². De acuerdo con la doctrina francesa, "es un caso constitutivo de fuerza mayor el evento que presenta las tres características siguientes: exterioridad (respecto del demandado), imprevisibilidad (en su ocurrencia) e irresistibilidad (en sus efectos)"¹³.

En Colombia esta figura fue definida legalmente por el artículo 1º. de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil cuyo texto enuncia: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

Así las cosas, la fuerza mayor de acuerdo con la ley colombiana se entiende como sinónima del caso fortuito. Veremos más adelante cómo la jurisprudencia ha hecho enormes esfuerzos por diferenciar estas dos figuras las cuales, de acuerdo con esa diferenciación tienen la potencialidad de impedir la imputación en regímenes de responsabilidad diferentes.

¹² Mencionado por JOSÉ LUIS CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Derecho de Daños*, Editorial Bosch, 2ª. edición 1999, p. 85.

¹³ RENÉ CHAPUS. *Droit Administratif General*. Ediciones Montchrestein. París, 1997, p. 1122.

En lo que tiene que ver con la fuerza mayor, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha retomado lo establecido por la Corte Suprema de Justicia que al referirse a las características que debe revestir un hecho para ser calificado de fuerza mayor ha dicho:

“Así, pues, la cuestión del caso fortuito liberatorio o de fuerza mayor, al menos por norma general, no admite ser solucionada mediante una simple clasificación mecánica de acontecimientos apreciados en abstracto como si de algunos de ellos pudiera decirse que por sí mismo, debido a su naturaleza específica, siempre tienen tal condición, mientras que otros no. En cada evento es necesario estudiar las circunstancias que rodean el hecho con el fin de establecer si, frente al deber de conducta que aparece insatisfecho, reúne las características que indica el art. 1º de la Ley 95 de 1890, tarea en veces dificultosa que una arraigada tradición jurisprudencial exige abordar con severidad.

Esos rasgos por los que es preciso indagar, distintivos del caso fortuito o de fuerza mayor, se sintetizan en la imposibilidad absoluta de cumplir derivada de la presencia de un obstáculo insuperable unido a la ausencia de culpa del agente cuya responsabilidad se pretende comprometer (G.J., t. XLII, p. 54) y son, en consecuencia, los siguientes:

a) Que el hecho sea imprevisible, esto es que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él. Aunque por lo demás, respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como lo hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad vaga de realización, factor este último con base en el cual ha sostenido la jurisprudencia que “...cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor...” (G.J., tomos LIV, p. 377, y CLVIII, p. 63).

b) Que el hecho sea irresistible en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente sojuzgado por el suceso así sobrevenido-, en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito”¹⁴.

Respecto de la fuerza mayor ha expuesto el Consejo de Estado evocando la doctrina: *“La fuerza mayor sólo se demuestra:... mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias... En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible, sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito...”¹⁵.*

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de noviembre de 1999, expediente 5220.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio de 2000, expediente 12423. Ver en igual sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente 13090.

De los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales se deduce claramente que la fuerza mayor para que se configure como causal eximente de responsabilidad debe contener los tres elementos indicadores que hacen parte de su definición:

1. Es un hecho externo
2. Es un hecho imprevisible
3. Es un hecho irresistible

1. Es un hecho externo: la exigencia de este elemento le da el verdadero carácter de causa extraña a la fuerza mayor. El hecho constitutivo de fuerza mayor debe ser ajeno a la actividad dentro de la cual se ha causado el daño; dicho de otra manera, la fuerza mayor está definida como aquel hecho que no depende del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho dañino: no debe ser imputable ni a quien lo causa ni a quien lo sufre.

Respecto de esta característica de la fuerza mayor, GUYOT manifiesta: "un evento no es liberatorio sino a condición de ser exterior a la actividad del demandado, luego no puede resultar de su hecho, del de sus asalariados o de las cosas que estén bajo su guarda"¹⁶.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha manifestado respecto a esta característica:

"...en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de que sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración -al menos con efecto liberatorio pleno- de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada..."¹⁷.

¹⁶ Mencionado por PHILIPPE LE TOURNEAU, *La Responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Editorial Legis, 2004, p. 93.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008.

De manera entonces que la exterioridad entendida como el hecho ajeno a las partes involucradas dentro de la actividad generadora del daño es característica indispensable de la fuerza mayor.

2. Es un hecho imprevisible: conforme al criterio unívoco de la jurisprudencia tradicional, la imprevisibilidad se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer qué es lo previsible en cada caso concreto, se requiere analizar las circunstancias particulares que rodean la actividad en desarrollo de la cual acaeció el daño y, por consiguiente, se deben verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega la fuerza mayor.

Que el hecho sea imprevisible implica que en condiciones normales haya sido totalmente imposible para el agente precaverse contra él. Dice la jurisprudencia ya referenciada *"cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor"*¹⁸. En la práctica, la imprevisibilidad entendida desde esta perspectiva, hacía realmente difícil configurar un evento como fuerza mayor, pues en estricto sentido, casi todos los hechos o circunstancias de la vida pueden ser humanamente imaginados, es decir, previstos, lo que haría infructuoso alegar esta causal de exoneración, pues prácticamente nunca se configuraría como hecho imprevisible.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en reciente sentencia¹⁹, inspirada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, estableció que en punto de su configuración, se debía entender por imprevisible *"aquellos que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquellos que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia"*, lo que claramente tiene como consecuencia la morigeración en la rigurosidad con la cual se analizaba la imprevisibilidad.

Con todo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que son hechos normalmente previsible los que suceden en el curso ordinario en que se desarrolla determinada actividad y ha establecido que para acordar lo previsible de un hecho, deben tenerse en cuenta tres criterios sustantivos²⁰, los cuales deben analizarse respecto de cada caso en concreto:

- a. El referente a su normalidad y frecuencia
- b. El atinente a la probabilidad de su realización
- c. El concerniente a su carácter excepcional y sorpresivo

¹⁸ Ibídem 15.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente 16530.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 2000, expediente 5475.

Esta doctrina de la Corte Suprema de Justicia es seguida y utilizada por el Consejo de Estado, tribunales que han reiterado de manera constante que la imprevisibilidad es una de las características esenciales de la fuerza mayor.

3. Es un hecho irresistible: se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que este elemento de la fuerza mayor consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios de defensa empleados para superarlo. También implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos. En palabras de la Corte:

"Conviene ahora, por su importancia y pertinencia en el asunto sometido al escrutinio de la Sala, destacar que un hecho sólo puede ser calificado como irresistible, si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales o personales del individuo llamado a afrontarlos, más concretamente por la actitud que éste pueda asumir respecto de ellos, sino por la naturaleza misma del hecho, al que se le son consustanciales o inherentes unas específicas secuelas. Ello sirve de fundamento para pregonar que la imposibilidad requerida para la liberación del deudor, en casos como el que ocupa la atención de la Corte, es únicamente la absoluta, cerrándosele entonces el camino a cualquier otra.

La imposibilidad relativa, entonces, no permite calificar un hecho de irresistible, pues las dificultades de índole personal que se ciernan sobre el deudor para atender sus compromisos contractuales, o aquellas situaciones que, pese a ser generalizadas y gravosas, no frustran in radice la posibilidad de cumplimiento, y que, ad cautelam, correlativamente reclaman la asunción de ciertas cargas o medidas racionales por parte del deudor, constituyen hechos por definición superables, sin que la mayor onerosidad que ellas representen, de por sí, inequívocamente tenga la entidad suficiente de tornar insuperable lo que por esencia es resistible, rectamente entendida la irresistibilidad. Por eso, entonces, aquellos eventos cuyos resultados, por cualificados que sean, pueden ser superados con un mayor o menor esfuerzo por parte del deudor y, en general, del sujeto que los soporta, no pueden ser considerados, en forma invariable, como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, en sentido estricto.

Sobre este particular, ha precisado diáfamanamente la Sala que la fuerza mayor implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos (sentencia del 31 de mayo de 1965, G.J., CXI y CXII p. 126), lo que será suficiente para excusar al deudor, sobre la base de que nadie es obligado a lo imposible (ad impossibilia nemo tenetur). Por tanto, si irresistible es algo inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias (se subraya; sentencia del 26 de enero de 1982, G.J., CLXV, p. 21), debe aceptarse que el hecho superable mediante la adopción de medidas que permitan contener, conjurar o eludir sus consecuencias, no puede ser invocado como constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, frente al cual, se insiste, el ser humano debe quedar o permanecer impotente"²¹.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de julio de 2005, expediente 050013103011-1998-6592.

Para la doctrina francesa el estudio de la irresistibilidad del hecho constitutivo de fuerza mayor es el punto central de la discusión. Tanto así que inclusive tal como lo anota MICHEL PAILLET²², evocando a F.P. BENOIT, la imprevisibilidad puede confundirse con la irresistibilidad, toda vez que aquello que es previsible no es normalmente irresistible a tal punto que en realidad los dos criterios de la fuerza mayor no constituyen sino solamente uno. Para otros, la calificación de fuerza mayor, resulta en realidad de tres elementos: la imposibilidad creada por el evento, la inevitabilidad de este último y sus consecuencias, y la irresistibilidad²³. De este modo, parece que se le quisiera dar por parte de la doctrina poca relevancia a la imprevisibilidad y mucha importancia a la irresistibilidad como características que determinan la fuerza mayor, a tal punto que se enuncia por algunos que la fuerza mayor está constituida por un evento extraño, previsible o no, pero en todo caso insuperable.

La jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, por su parte, tiene por sentado que para que se configure la fuerza mayor se debe probar la existencia de un hecho externo a la actividad administrativa en ejercicio de la cual se causó el daño, imprevisible en su ocurrencia e insuperable, entiéndase irresistible en sus efectos.

Para finalizar, y de la mano de PHILIPPE LE TOURNEAU, debemos decir que la irresistibilidad como elemento de la fuerza mayor "...se aprecia en abstracto, es decir, que el juez no busca si el demandado mismo podía superar el evento, sino si un individuo medio, colocado en las mismas circunstancias, habría podido normalmente resistir ese evento"²⁴.

b) Efectos de la fuerza mayor

Una vez probada la existencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor con las características que se acaban de enunciar, bien puede tener efectos exoneratorios totales o parciales dependiendo del grado de participación en el daño que pudo tener el evento extraño mismo, del comportamiento de la víctima o del comportamiento del demandado. En efecto, se ha dicho que la fuerza mayor tiene efectos exoneratorios totales; no obstante la doctrina ha expuesto que "...puede sorprender que la fuerza mayor pueda tener un efecto exoneratorio parcial. Un efecto así tiene su explicación. Lo ilustra el hecho de que las consecuencias dañinas de un evento de fuerza mayor sean agravadas por el hecho del demandado. Por ejemplo, las consecuencias dañinas de lluvias de violencia excepcional que han sido agravadas por los defectos de las obras destinadas a la evacuación de aguas lluvias (Consejo de Estado francés, 12 de diciembre de 1956, Comuna de Villeneuve – Luobet, p. 474). De

²² MICHEL PAILLET, *La responsabilité administrative*, Ed, Dalloz, 1996, p. 50.

²³ PAUL-HENRI ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LDGJ, París, 1992, p. 263.

²⁴ PHILIPPE LE TOURNEAU, ob. cit., p. 92.

una forma general, la responsabilidad del demandado puede verse comprometida en la medida en que los efectos de la fuerza mayor hayan sido agravados por una obra pública que le pertenece, ó por un hecho imputable a sus servicios"²⁵.

En este sentido explica MICHEL PAILLET: "no hay que creer que toda obligación de reparar será forzosamente excluida, puesto que en la medida en que la administración agrave la consecuencias de la fuerza mayor, ella podrá ser declarada responsable en proporción a su participación en la producción del daño"²⁶. En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano en sentencia del 26 de febrero de 1998, encontró una concausalidad en la producción del daño sufrido por el propietario de un predio riberano a quien el desbordamiento de las aguas del río provocaron una inundación en sus terrenos. Para el Consejo de Estado, los trabajos defectuosos adelantados por la administración en el río junto con la intensidad anormal de las lluvias precipitadas en la zona por la misma época en que se realizaron los trabajos, causaron en forma concurrente el daño y por esa razón determinó que el 35% de la causación del daño se debía a un evento constitutivo de fuerza mayor, haciendo la respectiva deducción del *quantum* indemnizatorio²⁷.

Así, según lo anteriormente expuesto, se puede decir que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la fuerza mayor, bien puede tener unos efectos exoneratorios totales o parciales dependiendo del grado de participación, a título de concausalidad, de las partes en la causación, o agravamiento del daño.

c) El caso fortuito

Ya dijimos cómo desde la perspectiva normativa (artículo 1º. de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil), la legislación colombiana no diferencia el caso fortuito de la fuerza mayor.

Como lo expone el profesor HINESTROSA²⁸, esa es a la conclusión a la que se llegó desde el punto de vista normativo, de regreso de un empeño generalizado en la jurisprudencia francesa retomado en nuestro medio, para caracterizar la fuerza mayor como el acontecimiento totalmente extraño a la actividad generadora del daño, y el caso fortuito como aquel suceso que ocurre dentro de la ejecución de alguna actividad.

No obstante la disposición legal que trata como sinónimos la fuerza mayor y el caso fortuito, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho esfuerzos por

²⁵ RENÉ CHAPUS, Ob. cit., p. 1124.

²⁶ MICHEL PAILLET, ob. cit., p. 51.

²⁷ Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 1998, expediente 10846.

²⁸ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones I*, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 775.

diferenciar las dos figuras en el campo de la responsabilidad por riesgo excepcional y han predicado una tesis dualista²⁹.

En desarrollo de esa concepción “se han extraído diferencias entre la fuerza mayor y el caso fortuito. Se indica que la primera es aquel suceso conocido, imprevisible e irresistible que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño; es decir, es causa extraña y externa al sujeto (terremoto, inundación, avalancha). El caso fortuito, por el contrario, si bien es irresistible, proviene de la estructura de la actividad de aquél, sin exigir la absoluta imprevisibilidad de su ocurrencia, pues requiere que no se haya previsto en el caso concreto (como el estallido de una llanta de un automotor, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, etc.), y puede ser desconocido, permanecer oculto, de tal manera, que no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”³⁰.

En aplicación de esta diferenciación es que se ha establecido por el juez contencioso administrativo que: “la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, que, adquiere su mayor interés, dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido [y] permanecer oculto, y el [sic] la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”³¹.

La jurisprudencia y la doctrina se refieren entonces al caso fortuito como sinónimo de “causa desconocida” la cual si bien puede o no puede ser previsible o imprevisible, y en todos los casos es irresistible, se reputa como consustancial a la actividad en desarrollo de la cual se causa el daño lo que le da el carácter de interioridad, razón por la cual no tiene la potencialidad de exonerar de responsabilidad en aquellos regímenes por riesgo excepcional proveniente de la realización de una actividad peligrosa. Se ha entendido que si la causa del daño no es externa a la actividad, no existe en este sentido una causa extraña que tenga la consecuencia de exonerar de responsabilidad.

d) Hecho del tercero

Esta causal de exoneración parte del supuesto inicial, según el cual, el causante directo del daño es un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad. No son terceros las personas a quienes además del demandado, la ley

²⁹ Ver en este sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 1993, expediente 7635. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de febrero de 1995, expediente 10376; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 1999, expediente 9626.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de julio de 2000, expediente 12099.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de marzo de 2000, expediente 11670.

adjudica responsabilidad solidaria o indistinta y que por ende resultan co-obligados. Jurídicamente solo es tercero alguien extraño, por quien no se debe responder; es decir, no vinculado con el sujeto contra el que se dirige la acción resarcitoria³². A este respecto ha establecido la jurisprudencia:

“Por otra parte, en relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél”³³.

La jurisprudencia contenciosa ha considerado que para que se presente la figura del hecho del tercero como causal de exoneración de responsabilidad, es necesario que confluyan los siguientes elementos:

- a. Debe ser un hecho único exclusivo y determinante del daño producido
- b. Debe ser un hecho producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles para quien lo alega

a) El hecho del tercero debe ser causa exclusiva única y determinante del daño para que se convierta en exoneratorio de responsabilidad. El supuesto más común del hecho del tercero es aquel en el cual la participación del alguien extraño al demandante y al demandado fue el verdadero causante del daño y en este sentido, se configura una inexistencia del nexo causal. No obstante, también hay casos en los cuales el hecho fue causado desde el punto de vista fáctico por el demandado, quien vio determinada su conducta por el actuar de un tercero, haciendo que el daño sea imputable a ese tercero de forma exclusiva, como en el caso de la legítima defensa cuando el daño producto de esa defensa se causa a alguien distinto de aquel cuya agresión se pretende repeler. En este último caso nos encontramos frente a una imposibilidad de imputación, puesto que la defensa fue determinada por el hecho del tercero agresor³⁴.

Ahora bien, en el evento en que el hecho del tercero aparezca junto con el actuar del demandado como concausa en la producción del daño, lo que se genera es una solidaridad entre ellos como coautores del daño tal como lo establece el artículo 2344 del Código Civil, pudiendo la víctima perseguir por el total de la in-

³² MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Actuaciones por daños*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, p. 172.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente 16530. Ver en mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17179.

³⁴ Ver en este sentido, salvamento de voto del Magistrado ALIER HERNÁNDEZ a sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2002, expediente 10952.

demnización a todos o a cualquiera de ellos indistintamente. Ha dicho el Consejo de Estado al respecto: *"El concurso de conductas eficientes en la producción de un daño, provenientes de personas distintas a la víctima directa, genera obligación solidaria y, por lo tanto, el dañado puede exigir la obligación de indemnización a cualquiera de las personas que participaron en la producción del daño (arts. 2344 y 1568 Código Civil). Por consiguiente, cuando la conducta del tercero no es única ni exclusiva, sino coparticipada en forma eficiente y adecuada con la del demandado (s), el afectado puede pedir la declaratoria de responsabilidad de uno o de todos los deudores solidarios (art. 1571 ibídem). Esta es la situación por la cual la coparticipación del tercero no es constitutiva de exonerante de responsabilidad; para que la conducta del tercero fuera exonerante se requeriría su exclusividad y, además, que fuera determinante en la producción del daño. Debe recordarse que:*

- *La solidaridad de los deudores se produce en relación con la parte demandante y que entre los deudores solidarios la obligación de cada uno es conjunta y, por lo tanto, admite división o separación (art. 1579 ibídem).*
- *El demandante puede dirigir su demanda por hechos como el descrito, de concurrencia conductas entre demandado y tercero, contra uno de estos o contra todos.*
- *El demandado tiene derecho legal para cuando el demandante no citó a juicio otras personas como autoras del daño que sufrió, de una parte, para llamarlas a juicios para que se defina en la sentencia el reembolso a que tenga derecho (art. 1579 ibídem), en tal sentido puede verse la sentencia proferida el 26 de abril de este año (35). De otra parte, el demandado, desde otro punto de vista, puede también iniciar proceso contra el tercero que cooperó con él en la producción del daño, después de haber indemnizado totalmente a las víctimas, como consecuencia de la condena que se le impuso"36.*

b) Por otra parte, el hecho del tercero debe tener las características de toda causa extraña y en consecuencia debe ser irresistible e imprevisible, puesto que si se prueba que el hecho del tercero pudo haber sido previsto y/o evitado por el demandado que así no lo hizo, le debe ser considerado imputable conforme al principio según el cual "no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo"³⁷.

Respecto de la existencia de estas dos características que deben estar presentes, ha dicho la jurisprudencia:

"... Se recuerda que el hecho del tercero para valer como causal exonerativa de responsabilidad debía ser, en el sub judice, irresistible e imprevisible para el Estado Colombiano, en razón a que si estaba en condiciones de preverlo o de resistirlo, como en efecto lo estuvo y a pesar de ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta con el referido daño, bien puede con-

³⁵ Expediente 12917.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2001, expediente 13233.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1989, expediente 5693.

siderarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida.

"En torno al tema analizado, cabe recordar el fallo del 24 de agosto de 1989, expediente 5693, del cual fue ponente el señor consejero doctor GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO cuyos apartes pertinentes contienen:

"La doctrina es unánime al considerar que para el hecho del tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenersele como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño.

"Se hace notorio que el hecho del tercero deba ser imprevisible puesto que si puede ser prevenido o evitado por el ofensor, le debe ser considerado imputable conforme al principio según el cual 'no evitar un resultado que se tiene la obligación de impedir, equivale a producirlo'. Y debe ser irresistible puesto que si el causante del daño puede válidamente oponerse a él y evitarlo, luego no lo puede alegar como causal de exoneración"³⁸.

En este orden de ideas, resulta evidente cómo para la jurisprudencia del Consejo de Estado, el hecho del tercero debe revestirse de los requisitos de exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad para que pueda ser considerado como una causa extraña que pueda impedir la imputación.

e) Hecho de la víctima

Esta figura exonerativa parte, en nuestro parecer, de la siguiente lógica: quien ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar.

En derecho positivo existen dos normas que nos refieren a la aplicación de esta causal:

El artículo 2357 del Código Civil establece textualmente:

"La apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

El artículo 70 de la Ley 270 de 1996 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece:

"El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de Ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado".

El hecho de la víctima como causal exoneratoria de acuerdo con lo establecido en el artículo 2357 del Código Civil *no debe ser necesariamente culposo*, a diferencia de la causal exoneratoria establecida en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y que

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 1994, expediente 9276, tomado de *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 3ª reimpresión, pp. 589-590.

se aplica a los regímenes especiales regidos por esa ley, puesto que de la lectura de esa norma se observa claramente una calificación subjetiva de la conducta de la víctima del daño. Así las cosas, las referencias que se harán a continuación se refieren a la causal exoneratoria que se desprende de la norma general establecida en el Código Civil. Más adelante haremos una referencia a la norma especial de la Ley 270 de 1996.

A pesar de que alguna parte de la doctrina francesa exige, que para que sea exoneratorio el comportamiento de la víctima debe ser necesariamente culposo³⁹, otra parte de la doctrina extranjera y algunos fallos del Consejo de Estado han afirmado en forma reiterada lo contrario.

La exigencia de un comportamiento culposo para que sea considerado como exoneratorio se ha venido atenuando teniendo en cuenta dos factores así:

1. Se requiere de una coparticipación o una concausalidad que, desde el punto de vista objetivo, sea eficiente y determinante de forma parcial o total para la producción de daño.

2. Existen eventos en los que quienes se exponen a los daños son personas que no tienen capacidad de autodeterminarse, como los menores, dementes o personas con alguna perturbación mental transitoria, o quien obra por intimidación o coacción.

Esta última posición ha sido expuesta por la doctrina. Vale la pena traer a colación el cuestionamiento que se hace el profesor MOSSET ITURRASPE: "Sea la conducta -ajena al responsable- culposa o no, incluso aunque fuera involuntaria, es ella la que desencadena el daño: ¿cómo entonces atribuírselo a otra persona?"⁴⁰.

La jurisprudencia ha encontrado probada la causal exoneratoria denominada hecho de la víctima en algunos casos en los juicios de responsabilidad en los que quien se expone al daño concurriendo con su actuar a la producción del mismo, es un menor o un demente. Así, en sentencia del 24 de febrero de 2005, en la que se absolvió al Ejército Nacional de responsabilidad en la muerte de menor ocurrida cuando cruzó imprudentemente la calle, se dijo:

"Por último, respecto de lo expresado por el demandante, en el sentido que el menor Y. R., quien tenía 6 años de edad al momento de su muerte, no podía incurrir en culpa, según lo señalado por el artículo 2346 del Código Civil"⁴¹, se reitera lo expresado por esta Sala en sentencia del 25 de mayo de 2000, expediente 11253, en los siguientes términos:

³⁹ "Sólo una falta (culpa) cometida por la víctima, tiene la naturaleza de hacer considerar que ella ha contribuido a la realización del daño". RENÉ CHAPUIS, Ob. cit., p. 1121.

⁴⁰ En MATILDA ZAVALA DE GONZÁLEZ, Ob. cit., p. 67.

⁴¹ Código Civil Colombiano, artículo 2346: los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables

"A más de advertirse, conforme a lo ya dicho, la insuficiencia del argumento para efectos de construir un nexo de causalidad entre la conducta de la madre del niño y el daño causado, encuentra la Sala otra inconsistencia en el planteamiento del a quo, fundada en la interpretación equivocada del artículo 2346 del Código Civil. En efecto, es claro que, dado el carácter objetivo del nexo causal, como elemento de la responsabilidad, poco importa que el hecho de la víctima que da lugar a la producción del daño sea culposos o no. Por la misma razón, es claro que la norma citada se refiere a hechos ilícitos considerados fuentes de obligaciones, por lo cual se aplica al menor que causa daño, mas no al que lo sufre. Al respecto, ha sido reiterada la jurisprudencia"⁴².

Otra sentencia que sirve de apoyo al argumento, según el cual el hecho de la víctima no debe ser necesariamente culposos, es la sentencia que falló el caso en el cual se pretendía indemnización por la muerte de un demente quien fue muerto luego de forcejeo con policías. En la sentencia, en la cual se encontró probada la causal exoneratoria de hecho de la víctima, se dijo:

"El estado de alteración mental en el que se encontraba el señor Tuay no varía el hecho objetivo de que su conducta fue violenta y que puso en peligro la vida y la integridad personal del agente de la policía. Tampoco cambia la situación porque el agresor no tuviera, en ese instante, la capacidad de comprender y determinar su conducta, en cuanto a la agresión actual e injusta contra el uniformado y la necesidad de éste de presentar una defensa real. Resulta, pues, irrelevante, para estos efectos, determinar si en ese momento el agresor actuó o no con culpa, como se manifiesta en el escrito de sustentación del recurso, pues la determinación de su estado, no transforma su conducta que siempre será violenta y peligrosa"⁴³.

En fin, en relación con la valoración subjetiva del comportamiento de la víctima para efectos de configurar la causal exoneratoria, en reciente pronunciamiento, se estableció:

"Cabe precisar que en los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad. Si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa.

las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiere imputárseles negligencia.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 2005, expediente 14681 que reitera lo establecido en sentencia de la misma sección del 25 de mayo de 2000, expediente 11253.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2003, expediente 14118.

Ahora bien, cuando la intervención de la víctima incide en la causación del daño, pero no excluye la intervención causal del demandado, habrá lugar a la reducción de la indemnización establecida en el artículo 2357 del Código Civil, conforme al cual "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

Sin embargo, cabe advertir que esa noción culpabilista que se proyecta en dicha norma no puede ser trasladada al campo de la responsabilidad patrimonial del Estado, habida consideración de que el criterio de imputación que rige esa responsabilidad, en los términos del artículo 90 de la Constitución, se construye a partir de la verificación de la antijuridicidad del daño y del vínculo causal entre ese daño y la actuación u omisión de la Administración.

Luego, si de la atribución de responsabilidad al Estado están ausentes, como requisito para su estructuración, los criterios subjetivos de valoración de la conducta del autor, tales criterios no pueden ser exigidos cuando se pretenda reducir el valor de la indemnización por la intervención causal relevante de la propia víctima. En pocos términos: en el campo de la responsabilidad patrimonial del Estado la valoración objetiva de la intervención causal tanto de la Administración como de la propia víctima resultan suficientes para determinar si la causa eficiente del daño lo fue la actuación del ente demandado o de la víctima, con el fin de establecer si hay lugar a condenar a aquella o a absolverla por haberse producido una causal excluyente de responsabilidad, o si ambas concurrieron en la producción del daño y, entonces, reducir el valor de la indemnización en proporción directa a la mayor o menor contribución de la conducta de la víctima en su producción.

Por lo tanto, cuando se pretenda reducir el valor de la indemnización que deba pagar la entidad con fundamento en la intervención de la víctima en la causación del daño, habrá de tenerse en cuenta la relevancia de esa intervención en el resultado y no la intensidad de la culpa en la que aquella hubiera incurrido⁴⁴.

Así las cosas, es preferible denominar de forma genérica a esta causal exoneratoria como hecho de la víctima más que como culpa de la víctima, teniendo en cuenta el carácter objetivo de la concausalidad con la cual actúa la víctima en la producción de su propio daño.

Cuando hablamos del hecho de la víctima, nos referimos a una causal que impide efectuar la imputación, en el sentido en que, si bien es cierto, que puede ser que el demandado causó el daño física o materialmente, el mismo no puede serle imputable en la medida en que el actuar de la víctima que le resultó extraño, imprevisible e irresistible, lo llevó a actuar de forma que causara el daño, razón por la cual el mismo es imputable desde el punto de vista jurídico a la víctima y no al demandado. Para los hermanos Mazeaud el hecho de la víctima sólo lleva "consigo la absolución completa" cuando "el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente 17957. Ver en el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17179.

y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima"⁴⁵.

De acuerdo con esta doctrina, el hecho de la víctima debe ser imprevisible e irresistible, en el sentido de que si el demandado pudo haber previsto la producción del daño al que eventualmente se expondría la víctima y no lo hizo, se entiende que concurrió a su producción. De la misma manera, si el demandado pudo haberse resistido a los efectos nocivos de la exposición de la víctima y no lo hizo pudiendo hacerlo, también debe correr con los efectos nocivos en la producción del daño a título de concausalidad.

El Consejo de Estado ha dicho en múltiples fallos que el hecho de la víctima como exoneratorio de responsabilidad debe ser imprevisible e irresistible, así por ejemplo:

En sentencia del 20 de octubre de 2005, se declaró la responsabilidad de un municipio por la muerte de un menor ocurrida en desarrollo de una carrera de motociclismo debidamente autorizada, en las calles del municipio condenado. En esta providencia se manifestó:

"En el caso concreto la Sala encuentra que, por tratarse del ejercicio de una actividad altamente riesgosa, que habría de desarrollarse en una zona urbana y residencial -como lo es el desplazamiento de motocicletas a velocidades comprendidas entre los 100 y los 150 kilómetros por hora- resultaba normal y previsible la presencia de menores y jóvenes, en su condición de principales espectadores, toda vez que son ellos los más atraídos por este tipo de eventos.

Es natural que las personas, mayores y menores, no se comporten en consideración a los altos riesgos derivados de tales competencias, pues las calles de la ciudad no son los escenarios apropiados para válidas deportivas de alta velocidad. Dicho en otras palabras, lo natural es que los niños, jóvenes y adultos circulen por las vías públicas, que quieran ver de cerca una competencia deportiva, rara e importante para ellos y que confíen en que cuentan con la protección debida de las autoridades y organizadores del evento. Dicha situación, permite inferir que la presencia del menor en la vía no era imprevisible para el Municipio y por ende, debió adoptar todas las medidas tendientes a su protección y a la de todos los ciudadanos.

En efecto, si la ciudad y los organizadores hubiesen concebido mecanismos eficientes de control, tales como graderías, barreras, separadores, policías, acomodadores, bomberos, o cualquier otro elemento humano o material idóneo para controlar la presencia cierta y real de personas, particularmente de los mas interesados en ver el espectáculo, como lo son los menores de edad, la imprevisibilidad no sería tan evidente.

Lo anterior permite a la Sala negar la ocurrencia del hecho exclusivo de la víctima, como causa extraña, en consideración a que su proceder no fue imprevisible, ni irresistible para el municipio que lo invocó"⁴⁶.

⁴⁵ HENRI Y LEÓN MAZEAUD, JEAN MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1960, pp. 332-333.

⁴⁶ Expediente 15854.

En sentencia del 26 de septiembre de 2002, expediente 12656, no se declaró la responsabilidad que se demandó contra la Nación, por el suicidio de un soldado dentro del Batallón en el cual prestaba su servicio militar obligatorio, con fundamento en que su conducta fue del todo imprevisible e irresistible para la entidad; se dijo entonces:

"En este orden de ideas, para que surja el deber del Estado de reparar el daño causado por el suicidio de un conscripto es necesario acreditar que por el trato que recibía en el establecimiento militar fue inducido a tomar esa decisión, o bien que la persona sufría un trastorno síquico o emocional que hacía previsible el hecho y que, a pesar de ser conocida esa circunstancia por las autoridades encargadas de su seguridad, no se le prestó ninguna atención médica especializada, ni se tomó ninguna determinación tendiente a alejarlo de las situaciones que le generaran un estado de mayor tensión o peligro. En caso contrario, esto es, en el evento de que la decisión del soldado sea libre porque obedezca al ejercicio de su plena autonomía, o en el evento de que su perturbación o la necesidad de ayuda psicológica, por las especiales circunstancias del caso, no hubiera sido conocida [por] las autoridades encargadas de su protección, el hecho sería sólo imputable a su autor por ser imprevisible e irresistible para la administración.

En el caso concreto, considera la Sala que no hay lugar a derivar responsabilidad del Estado por omisión, toda vez que las autoridades encargadas de la protección del soldado A. L. no conocieron la intención suicida del joven, pues éste no la había manifestado en forma alguna, tampoco exteriorizó éste ningún cambio de conducta que hiciera posible prever la ocurrencia de tal hecho.

De otro lado, se estima que tampoco puede derivarse responsabilidad estatal en el caso concreto, dado que la víctima no había dado muestras de perturbación síquica, ni de la intención de atentar contra su vida que obligaran a la administración a alejarlo de dicha actividad o a ejercer especial vigilancia sobre ella"⁴⁷.

En sentencia proferida el 12 de abril de 2002, expediente 13122, se imputaron a la demandada los daños derivados del suicidio de una menor con trastornos mentales, con fundamento en que era incapaz de autodeterminarse y en que su proceder era previsible y resistible para la demandada:

"Tampoco puede afirmarse que se trató de un acción impulsiva, imposible de prever y evitar, cuando es claro que presentaba una psicosis, con conducta agresiva y con una amenaza de suicidio, factores que implicaban un alto riesgo de intento o consumación del suicidio. Frente a esta situación previsible no se tomó medida alguna para evitarla, cuando se tuvo el tiempo suficiente para hacerlo. Sin duda, en el momento en que I. P. advirtió que se iba aborcar, su situación cambió, pues además de requerir atención por la psicosis maniaca que padecía, se presentaba un nuevo síntoma, el del suicidio, que era necesario afrontar. No se dio aviso alguno a los médicos del hospital sobre el asunto, no se tomó ninguna medida de seguridad para evitar que se aborcara, como la de retirar los objetos que lo facilitarían, y no se vigiló de manera estrecha a la paciente, cuando se trataba de un riesgo inminente.

⁴⁷ Ver en igual sentido, sentencia del 30 de noviembre de 2000, expediente 13329.

f) Efectos del hecho de la víctima

Se entiende entonces que el hecho de la víctima para tener dos facetas: (i) consecuencias exoneratorias totales y, (ii) consecuencias exoneratorias parciales.

a. El comportamiento de la víctima puede ser la causa única exclusiva y determinante en la producción del daño, evento en el cual habrá una exoneración total de responsabilidad, pues no se podrá hacer la imputación al demandado en razón a que si bien desde el punto de vista causal fue este último quien causó el daño, el mismo no le es imputable pues esa causación de daño estuvo determinada por el comportamiento de la víctima quien se expuso a sufrir el mismo. En este caso, si bien el demandado pudo tener alguna participación desde el punto de vista causal fue un instrumento del que se valió la conducta de la víctima del daño para su producción.

b. El comportamiento de la víctima puede concurrir a la producción del daño con el actuar del demandado, siendo ambos comportamientos determinantes, adecuados y eficientes en la producción del daño a título de concausalidad, evento en el cual tiene aplicación el precepto del artículo 2357 del Código Civil que nos enseña que en este caso la apreciación del daño está sujeta a reducción. En este caso, será el juez quien teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso, así como las pruebas obrantes en el mismo, en utilización de los poderes que la ley le confiere, podrá a su arbitrio determinar cuál fue el grado de participación de la víctima en la producción de su propio daño para efectos de apreciar la reducción en la indemnización.

g) El hecho de la víctima conforme al artículo 70 de la Ley 270 de 1996

Ya decíamos al inicio de este acápite del hecho de la víctima, que dos normas en derecho positivo regulan esa causal exonerativa. La norma general del artículo 2357 del Código Civil respecto de la cual se hicieron las anteriores referencias y la norma especial contenida en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 la cual se aplica solamente a los regímenes establecidos en dicha ley relacionados con la Responsabilidad Extracontractual del Estado derivada de la función de administración de justicia, es decir, al error jurisdiccional (art. 67), el indebido funcionamiento de la administración de justicia (69) y a la privación injusta de la libertad (68).

En relación con lo dicho para la norma general del artículo 2357 del Código Civil, esta norma del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, presenta las siguientes características diferenciadoras:

- Para la aplicación de la causal de exoneración se requiere de un juicio de valoración subjetiva que lleve al juzgador a determinar que la víctima sufrió el daño por haber actuado con culpa grave o dolo, lo que impone necesariamente que más que

la constatación desde el punto de vista causal de su participación en la producción del daño, lo que enerva la posibilidad de exoneración para el Estado, es que quien alega haber sufrido un daño por un error jurisdiccional, una privación injusta de la libertad, o un indebido funcionamiento de la administración de justicia, hubiera actuado con culpa grave o dolo.

- A nuestro modo de ver, de la redacción de la norma y del contenido de la sentencia de exequibilidad de esa norma proferida por la Corte Constitucional⁴⁸, se entiende que esa valoración del comportamiento se refiere a aquel comportamiento de la víctima dentro del proceso judicial que dio lugar al error jurisdiccional, al indebido funcionamiento de la administración de justicia, o a la privación injusta de la libertad. Considero que no puede partirse de analizar el comportamiento de la víctima *ex ante* del proceso judicial en desarrollo del cual se causa el daño, puesto que eso conllevaría a que, por ejemplo, en los casos de privación injusta de la libertad, se llegue a tal punto de analizar el comportamiento gravemente culposos o dolosos de la víctima previo al inicio del proceso judicial, aún si la misma es absuelta luego de haber sido juzgada⁴⁹, lo cual parece contrario a lo establecido en la norma.

A mi parecer, el análisis acerca del comportamiento gravemente culposos o dolosos de la víctima, debe hacerse circunscribiéndolo a aquel que la víctima realizó dentro del proceso judicial en el que se emitió la providencia de la cual se desprende el error jurisdiccional, la privación injusta de la libertad y/o el indebido funcionamiento de la administración de justicia.

- La norma se refiere a la culpa *exclusiva* de la víctima, lo que de entrada sugiere que a diferencia de la norma general establecida en el artículo 2357 del Código Civil, ante la constatación de la conducta gravemente culposa o dolosa de la víctima, la exoneración de responsabilidad al Estado ha de ser total y no podrá valorarse la reducción en la apreciación del daño, dicho en otras palabras, la norma en comento no permitiría la exoneración parcial. Refuerza lo anterior, el hecho que la misma norma en su parte final establece: "En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado".

- El artículo 70 de la Ley 270 de 1996 además de enunciar como causal exoneratoria de responsabilidad el hecho de que la víctima hubiera actuado con culpa grave o dolo, establece que se entiende que hay culpa exclusiva de la víctima cuando no se interponen recursos de ley. A la hora de hoy, la jurisprudencia contenciosa, ya ha delimitado esta obligación a los recursos ordinarios.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.

⁴⁹ Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente 15463.

h) El hecho de la víctima y el deber de mitigar el daño

En términos generales, la doctrina y la jurisprudencia, han manifestado que si bien la víctima tiene derecho a que le sea reparado el daño sufrido, también tiene, de forma correlativa, una carga especial fundada en la buena fe y es así como está obligada a tomar todas las medidas razonables con el fin de minimizar el perjuicio sufrido⁵⁰.

Para la doctrina francesa "no obstante que desde antiguo algunos doctrinantes como DOMAT ET POTHIER se pronunciaron sobre esta obligación, sus anotaciones no tuvieron desarrollo. Contemporáneamente, la jurisprudencia francesa ha reconocido que la timidez de exigir una obligación de minimizar los efectos del daño puede estar ligada al fundamento mismo de esa obligación. La equidad en materia de contratos y el hecho de la víctima en materia de responsabilidad extracontractual, pueden ser el fundamento. Aparece entonces, que el hecho de la víctima del perjuicio parece ser el fundamento más pertinente a la obligación de minimizar el daño, en el sentido en que ella se interpondría entre el hecho generador del perjuicio y el perjuicio rompiendo el nexo de causalidad.

Una vez que tal obligación sea reconocida, habrá que definir el régimen aplicable a la figura y en ese sentido, de manera general la víctima debe mostrar diligencia y tomar, según el caso, medidas de conservación, de reparación, y medidas de reemplazo. A la víctima no se le exige tomar todas las medidas posibles, sino sólo aquellas que razonable y proporcionalmente se le impongan"⁵¹.

Esta obligación que se le impone a la víctima de realizar acciones tendientes a morigerar los efectos del daño, así como de impedir la agravación del mismo, ha tomado tanta fuerza en la doctrina y en la jurisprudencia extranjera que debemos llamar la atención sobre el hecho de que, a nivel de derecho comparado, algunas legislaciones han elevado a norma esta obligación a cargo de la víctima⁵², y en otros países como Francia existen proyectos para establecer esa obligación por vía legal. Es así como en el ante-proyecto de reforma al Código Civil francés presentado por el equipo dirigido por el profesor PIERRE CATALA, se propone en el artículo 1373 del sub-título II del libro II una norma que establece lo siguiente:

⁵⁰ LYDIE REISS, *Le Juge et le Prejudice*, Presse Universitaires D'Aix Marseille, 2003, p. 286.

⁵¹ LYDIE REISS, ob. cit., p. 294, traducción personal.

⁵² De acuerdo con JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA "En Italia...el artículo 1227-2 del Código Civil italiano de 1942 dispone que no se deberá resarcimiento por los daños que el acreedor habría podido evitar empleando una diligencia ordinaria"... "El Código Civil de Québec, del año 1994, también recoge la obligación de minimizar el daño en su artículo 1479 en el que se establece que la persona obligada a reparar un daño no es responsable de la agravación de tal daño si la víctima pudo evitarlo". De la misma manera, este autor señala que "la obligación abierta o general de mitigar el daño es acogida en el derecho alemán (art. 254 del BGB) y en el derecho suizo (art. 44 del Código de las Obligaciones), entre otros". JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA, *Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado*, en *Los contratos en Derecho Privado*, Editorial Legis, 2007, p. 329.

"Cuando la víctima tuvo la posibilidad, por medios seguros, razonables y proporcionados, de reducir el alcance de su perjuicio o de evitar su agravación, se tendrá en cuenta su abstención, para reducir la indemnización, salvo que las medidas en cuestión hubieran comportado una afectación de su integridad física"⁵³.

Resaltemos cómo esa norma propuesta impone a la víctima, en ciertos casos y con ciertas salvedades, la obligación de reducir el alcance del perjuicio o de evitar su agravación, mediante la utilización de medios razonables y proporcionados, so pena de ver reducida su indemnización.

Esta obligación de mitigar el daño, no es solamente una figura que ha tenido tratamiento en el derecho continental europeo, sino que también ha sido mencionada por autores latinoamericanos, quienes ven en la pasividad de la víctima frente a los efectos nocivos del daño, una variable del denominado hecho de la víctima con efectos exoneratorios. Así, la ya mencionada profesora ZAVALA dice: "Así como no existe un derecho de dañar injustamente, el damnificado soporta la carga (imperativo del propio interés) de desplegar diligencias ordinarias para evitar la continuidad o el agravamiento de su perjuicio. Por eso el hecho de la víctima puede atenuar la obligación resarcitoria no solo cuando es concausa del daño imputable a otro, si estas omisiones sobrevivientes coadyuvan a desenvolver el perjuicio inicial. Es jurídicamente relevante la conducta del perjudicado que guarda una injustificada pasividad, sin intentar medidas razonables para paliar el daño que alguien causó. Procede computar esa inercia para descontar de la indemnización la cuota de agravación o de prolongación del daño a ella imputable. Por ejemplo, no cabría reclamar por dos años de privación de uso de un vehículo que pudo repararse en dos semanas; ni un lucro cesante *sine die* de una persona ilegítimamente cesanteada que no se preocupó por conseguir un empleo sustitutivo; ni por todos los daños derivados de una mala *praxis* médica, si el paciente no siguió el tratamiento aconsejado para mitigar sus lesiones"⁵⁴.

De esta manera se tiene entonces que el incumplimiento de la obligación de mitigación del daño de parte de la víctima, entendida como el deber de utilizar todos los medios que razonablemente tenga a su alcance para evitar que la onda expansiva del daño se extienda o se agrave, se puede encuadrar como una de las manifestaciones de la causal exoneratoria denominada de forma genérica como hecho de la víctima y, en ese sentido, podrá verse disminuida la apreciación del daño para retomar los términos del artículo 2357 del Código Civil Colombiano. La víctima podrá utilizar todos los medios probatorios para demostrar que aun utilizando las

⁵³ Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Ante Proyecto de Reforma al Código Civil francés, Libro III, Títulos III y XX. Traducción de FERNANDO HINESTROSA. Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 275.

⁵⁴ MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., p. 170.

medidas que le eran razonablemente exigibles, no pudo contener la agravación del daño, evento en el cual no se podrá exonerar al demandado.

CONCLUSIONES

Desde el punto de vista de la exoneración de responsabilidad, la prueba de las causales de exoneración (causa extraña) se erige como una de las posibilidades que tiene el demandado para que el daño sufrido por la víctima no le sea imputable y, en consecuencia, no sea declarado responsable. La diferenciación entre causalidad e imputación, permite afirmar claramente que más que romper el nexo de causalidad, las causales de exoneración impiden imputar el daño a quien es demandado, pues el daño pudo haber sido causado por éste desde el punto de vista fáctico, pero llevado por el comportamiento bien de la propia víctima, bien de un evento constitutivo de fuerza mayor, o bien por el comportamiento de un tercero ajeno.

Las causales exonerativas, como lo vimos, se basan fundamentalmente en los criterios de imprevisibilidad e irresistibilidad a los que la jurisprudencia les ha dado una importancia realmente significativa, mientras que la doctrina ha empezado desde hace algún tiempo a mostrar desacuerdo sobre la verdadera necesidad de utilizar el criterio de imprevisibilidad. Visto que esta figura de las causales exonerativas es otro de los casos en los que la jurisprudencia es la que ha moldeado los requisitos y características, así como el campo de aplicación, creemos que por la imposibilidad de establecer reglas generales a este respecto, dependiendo de cada caso específico, el juez se irá pronunciando para determinar si es posible o no acudir solamente al criterio de la irresistibilidad como piedra angular de esta figura, o si continúa fundamentando la causales exonerativas en los dos criterios tradicionalmente exigidos.